

Hinsicht — darauf abzustellen. Diese Beweiswürdigung entzieht sich der Nachprüfung durch das BG. Daß nun die Parteien innert der festgesetzten Frist sich über ein bestimmtes elektrisches Klavier als Tauschobjekt nicht einigen konnten, steht fest. Folglich ist die Umtauschklausel gegenstandslos geworden und es hat beim Verkauf des Orchestrions sein Bewenden.

Der Kläger hat eingewendet, die Umtauschklausel habe keinen Zweck gehabt, wenn ihm damit nicht eine Garantie für die Möglichkeit des Umtausches bei rechtzeitigem Verlangen geboten wurde. Dieser Einwand hält nicht Stich. Die Aufnahme jener Klausel bedeutete ohnehin ein Entgegenkommen des Beklagten, da auch ein neues elektrisches Klavier erheblich billiger ist als das verkaufte Orchestrion. Und es muß der Kläger die Umtauschklausel so gelten lassen, wie sie tatsächlich lautet und wie er sie nach dem Gesagten schlechterdings auffassen mußte. Zudem konnte der Beklagte die Garantie dafür, daß er dem Kläger im gegebenen Moment ein gebrauchtes elektrisches Klavier liefern könne, nicht übernehmen, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, da er über solche Instrumente nicht immer verfügte; ein neues elektrisches Klavier stand dem Kläger jederzeit zur Verfügung, wenn er den normalen Preis dafür bezahlen wollte. Unbegründet ist ferner der Einwand, der Beklagte habe sich geweigert, zu der „die Effektivierung des Umtausches bedingenden Einigung“ Hand zu bieten. Für die Richtigkeit dieser Behauptung liegt nichts vor. Zu Unrecht beruft sich der Kläger auf Art. 157 neu OR (alt 176); danach gilt eine Bedingung als erfüllt, wenn ihr Eintritt von dem einen Teile wider Treu und Glauben verhindert wurde. Abgesehen davon, daß der Kläger diese Einrede erst vor BG erhoben hat, ist zu sagen, daß er den Umtausch des Orchestrions gegen ein Occasionsinstrument oder ein gewöhnliches Klavier verlangte (nach der Darstellung des Beklagten überhaupt nur letzteres). Hierzu war aber der Beklagte nicht verpflichtet. Schon deshalb fällt die Ansetzung der Nachfrist an den Beklagten zur Lieferung eines „der Vereinbarung entsprechenden elektrischen Klaviers à zirka Fr. 1400“ außer Betracht. Daß der Beklagte die Frist unbenutzt ablaufen ließ, ist rechtlich unerheblich.

3. Hieraus ergibt sich die Unbegründetheit der Hauptklage

und die grundsätzliche Begründetheit der Widerklage. Der Kläger hat dem Beklagten die Kaufpreisrestanz von 2000 Fr. nebst den eingeklagten Zinsen zu bezahlen, wogegen dieser jenem das Orchestrion zurückzuerstatten hat. Die weitere Forderung von 66 Fr. ist ebenfalls begründet: die Transportkosten fallen laut Vertrag dem Kläger als Käufer auf; die Stimmungen und Reparaturen wurden vom Beklagten im Interesse des Klägers besorgt und sind somit von diesem zu bezahlen. Unbegründet ist dagegen der Anspruch des Beklagten auf ein Lagergeld von 10 Fr. per Monat, da ja die Kaufpreisrestanz vom Kläger zu verzinsen ist; die Parteien haben denn auch ein besonderes Lagergeld nicht vereinbart.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird dahin begründet erklärt, daß das Urteil des O G des Kantons Zürich vom 1. April 1913 aufgehoben, die Hauptklage abgewiesen und in Gutheißung der Widerklage der Kläger verpflichtet wird, an den Beklagten zu bezahlen 2000 Fr. Kaufpreisrestanz für das Orchestrion nebst 5 % Zins von 1050 Fr. ab 9. August 1912 und von 950 Fr. ab 4. März 1913, sowie 66 Fr. für Stimmungen, Transport und Reparaturen. Die Mehrforderung des Widerklägers (Lagergeld) wird abgewiesen.

#### 102. Urteil der II. Zivilabteilung vom 9. Oktober 1913 in Sachen Wüst, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen Genossenschaft zürcherischer Siegelsteinker, Kl. u. Ber.-Bekl.

*Verpflichtung eines Genossenschafters zur Bezahlung einer Konventionalstrafe wegen Offerten und Warenlieferungen unter den Genossenschaftsbedingungen. Die Höhe der Konventionalstrafe hängt in erster Linie von der Parteivereinbarung ab. Für die Entscheidung der Frage, ob die Konventionalstrafe als übermäßig hoch (Art. 163 OR) zu bezeichnen sei, ist entscheidend das Verhältnis der Busse zu dem zu schützenden Interesse.*

A. — Laut Vertrag vom 23. November 1911 verpflichtete sich der Beklagte, sich den Genossenschaftsbeschlüssen der Klägerin in

Bezug auf die Preise und Verkaufsbedingungen der syndizierten Waren zu unterziehen. Dagegen räumte die Klägerin dem Beklagten bei Behandlung sachbezoglicher Traktanden statutarisches Stimmrecht nach Maßgabe seines Kalksandsteinkontingentes ein, welches für die Dauer des auf zwei Jahre abgeschlossenen Vertrages auf 6,500,000 Stück beziffert wurde. Durch Genossenschaftsbeschluss vom 9. Januar 1912 setzte die Klägerin für Kalksandsteine in der Größe von 25 : 12 : 6 einen Mindestpreis von 42 Fr. pro Tausend franko Empfangsstation fest. In Ziffer 4 der bei gleicher Gelegenheit aufgestellten „allgemeinen Bestimmungen“ wurde vorgelesen, daß dieser Preis bei Bezügen ab Fabrik um höchstens 1 Fr. ermäßigt werden dürfe und überdies bestimmt, daß, wenn Backsteine und Ziegel zu den ab Fabrik gültigen Preisen verkauft würden, es der liefernden Firma verboten sein solle, den Transport dieser Waren zu übernehmen oder an den Fuhrhalter, der die Abfuhr besorge, irgendwelche Beiträge und Vergütungen zu leisten. Für Lieferungen franko Baustelle wurde der Preis von 42 Fr. pro Tausend auf mindestens 45 Fr. erhöht. Nach Ziff. 13 der „allgemeinen Bestimmungen“ sollte die Übertretung dieser Vorschriften eine Konventionalstrafe nach sich ziehen, die für den einzelnen Fall auf 10 Fr. pro tausend Stück der verkauften oder offerierten, der Vereinbarung unterliegenden Ziegelwaren festgesetzt wurde. Nach § 24 des zwischen den Parteien eingegangenen Vertrages wurde überdies bestimmt, daß Vertragsbruch von Seite des Beklagten die Klägerin zum Bezug einer Konventionalbuße von 2 Fr. pro Tausend der Kontingentsziffer berechtige.

B. — Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin vom Beklagten 13,000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 1. Oktober 1912. Die Klägerin gründet ihr Begehren auf Ziffer 13 der „allgemeinen Bestimmungen“ des Genossenschaftsbeschlusses vom 9. Januar 1912 und auf die Tatsache, daß sich der Beklagte in drei Fällen in Übertretung der „allgemeinen Bestimmungen“ Preisunterbietungen habe zu Schulden kommen lassen. Im einzelnen wird geltend gemacht, der Beklagte habe im August 1912 der Firma Wiesch & Cie. in Cham, die den zirka 800,000 Stück Kalksandsteine benötigenden Neubau für die Erweiterung des land- und forstwirtschaftlichen Instituts der eidgenössischen technischen Hochschule übernommen

hatte, Kalksandsteine zu 40 Fr. pro Tausend franko Bauplatz offeriert und eine eventuelle Bestellung zu diesen Bedingungen bestätigt. In der Folge seien zwar die Kalksandsteine, weil die Bauleitung sie von der Verwendung ausgeschlossen habe, tatsächlich nicht geliefert worden. Einen weiteren Fall von Preisunterbietung erblickt die Klägerin sodann in dem Angebote des Beklagten an die Firma Baur & Cie. Hier habe der Beklagte zwar Kalksandsteine zu dem Genossenschaftspreis von 41 Fr. offeriert; seiner Offerte sei aber ein Schreiben eines gewissen Hug beigelegt gewesen, der sich bereit erklärt habe, die Beförderung der Steine von der Fabrik auf den Bauplatz zu übernehmen und dem der Beklagte für sein niedriges Angebot offenbar eine Vergütung versprochen habe. Das für Baur & Cie in Betracht kommende Quantum Steine beziffert die Klägerin auf 100,000 Stück. Als dritte Übertretung des Genossenschaftsbeschlusses macht die Klägerin geltend, der Beklagte habe während der zweiten Hälfte des Jahres 1912 der Firma Gull & Geiger 400,000 Steine ab Fabrik zu 41 Fr. das Tausend offeriert, auch in diesem Fall seinem Angebot eine Drittofferte (mit einem Ansatz von 2 Fr. 80 Cts.) für den Transport beigelegt und die Fuhr nach der Baustelle schließlich selber bewerkstelligt. Durch Urteil vom 29. April 1913 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage im ganzen Umfang gutgeheißen.

C. — Gegen dieses Urteil, zugestellt den 11. August 1913, hat der Beklagte am 25. August 1913 die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit den Anträgen:

„1. Es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage gänzlich abzuweisen.

2. Eventuell seien die eingeklagten Konventionalstrafen ganz erheblich zu ermäßigen und die Klage nur in einem reduzierten Betrage gutzuheißen.

3. Eventuell sei die Sache zur Feststellung der bestrittenen Quantitäten Kalksandsteine an die Vorinstanz zurückzuweisen.“

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Der Beklagte bestreitet nicht, daß er der Firma Wiesch & Cie. eine unter den Genossenschaftspreisen stehende Offerte unterbreitet und eine daraufhin erfolgte Bestellung bestätigt habe. Hingegen macht er geltend, er habe die offerierten Steine durch einen

Dritten von einer Lieferung, die aus seiner freien Zeit stamme, liefern lassen wollen. Demgegenüber stellt die Vorinstanz fest, daß der Beklagte bei Abschluß des Kaufes mit Wiesch & Cie. noch nicht auf diesen Gedanken gekommen war. Auf Grund des Beweisverfahrens nimmt die Vorinstanz weiter an, der Beklagte habe im Falle Baur & Cie. Offerten hinsichtlich des Steintransportes gemacht und im Falle Gull & Geiger die Fuhren selber besorgt. Da diese Feststellungen tatsächlicher Natur mit den Akten nicht im Widerspruch stehen und auch nicht auf einer Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften beruhen, ist das Bundesgericht nach Art. 81 OG daran gebunden. Andererseits bestreitet der Beklagte nicht, daß der Vertrag, durch den er sich den Verkaufsbedingungen der Klägerin unterstellte, für ihn verbindlich sei. Unter diesen Umständen ist ohne weiteres davon auszugehen, daß der Beklagte sich in allen drei von der Klägerin genannten Fällen einer Vertragsverletzung schuldig gemacht hat und die dafür vorgesehene Konventionalstrafe daher verfallen ist. Die vom Beklagten erhobene Einrede, daß auch andere Genossenschaftler Preisunterbietungen begangen hätten, vermag den Beklagten nicht zu entlasten, weil die Genossenschaft als solche für das Verhalten ihrer Mitglieder nicht verantwortlich gemacht werden kann. Aber auch abgesehen hiervon wäre zu sagen, daß über diese Einrede des Beklagten ein Beweis nicht geführt worden ist und daß der Beklagte — übrigens mit Recht — in seiner Berufungs-erklärung auch kein diesbezügliches Aktenwervollständigungsbegehren gestellt hat.

2. — Was die Höhe der vom Beklagten an die Klägerin zu bezahlenden Konventionalstrafe anlangt, so ergibt sich dieselbe rechnerisch aus der Anwendung des vom Beklagten grundsätzlich anerkannten § 24 des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrages. In der Klage hat sich zwar die Klägerin zur Berechnung der Buße auf Ziffer 13 der „allgemeinen Bestimmungen“ des Genossenschaftsbeschlusses vom 9. Januar 1912 berufen. In der heutigen Verhandlung hat sie aber selber erklärt, es sei § 24 des Vertrages anzuwenden. Darnach ist die Konventionalstrafe nach der Kontingenzsziffer des Beklagten zu berechnen und es ist daher dem die Feststellung des Quantums der vertragswidrig offerierten und gelieferten Kalksandsteine bezweckenden Rückweisungsantrag des

Beklagten keine Folge zu geben. Da das Kontingent des Beklagten 6,500,000 Stück beträgt und die Konventionalstrafe nach § 24 des Vertrages auf 2 Fr. das Tausend festgesetzt ist, würde streng genommen die vom Beklagten zu bezahlende Strafe (weil drei Fälle von Vertragsbruch vorliegen) drei mal 13,000 Fr. ausmachen. Da die Klägerin aber nur 13,000 Fr. eingeklagt hat, ist über diesen Betrag nicht hinauszugehen. Andererseits ist diese Konventionalstrafe aber auch nicht deswegen zu ermäßigen, weil, wie der Beklagte geltend macht, es sich nur in einem Falle um wirkliche Lieferungen, in den beiden andern Fällen dagegen bloß um Offerten gehandelt habe. Abgesehen davon, daß in Ziffer 13 der „allgemeinen Bestimmungen“ des Genossenschaftsbeschlusses vom 9. Januar 1912, neben den wirklichen Verkäufen, ausdrücklich auch die Offerten als zur Vertragsverletzung geeignet erklärt werden, ist der Vorinstanz darin beizupflichten, daß Unterbietungs-offerten, da sie die stete Geneigtheit bekunden, unter die offiziellen Preisansätze hinunter zu gehen, weitere Unterbietungen nach sich ziehen und deshalb ebenso gefährlich sind, wie die wirklichen Verkäufe selbst. Mit Recht hat das Handelsgericht überdies auch dem vom Beklagten — heute allerdings nicht mehr — als weiteren Moderationsgrund geltend gemachten Umstand, daß er sich nur durch die wirtschaftlichen Verhältnisse gezwungen der Klägerin angeschlossen habe, keine Bedeutung beigemessen. Überhaupt ist zu beachten, daß der Richter die Konventionalstrafen nicht nach seinem freien Ermessen bestimmen kann, sondern daß für deren Festsetzung in erster Linie die Parteivereinbarung maßgebend ist und der Richter nach Art. 163 OR nur dann befugt ist, reduzierend eingzugreifen, wenn die Strafe als eine übermäßig hohe erscheint. Entscheidend ist dabei das Verhältnis der Buße zu dem zu schützenden Interesse und nicht zum tatsächlich eingetretenen Schaden (AS 24 II S. 438 f.; 25 II S. 614). Im vorliegenden Fall besteht nun das Interesse der Klägerin, zu dessen Schutz die Konventionalstrafbestimmung in den Vertrag aufgenommen wurde, in der Verwirklichung gesunder Preisverhältnisse in der Backstein- und Ziegelfabrikation des Kantons Zürich, insbesondere aber in der Verhinderung ungesunder Konkurrenz durch Preisunterbietungen, also in einem sehr wichtigen, aber in Ziffern kaum ausdrückbaren Interesse, demgegenüber die zugesprochene Kon-

ventionaltenschädigung von 13,000 Fr. nicht als übermäßig hoch zu bezeichnen ist.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 29. April 1913 bestätigt.

### 103. Arrêt de la I<sup>re</sup> section civile du 10 octobre 1913

dans la cause Société immobilière Lyon-la-Bougie, déf. et rec.,  
contre époux Martinet, dem. et int.,  
et Bocquet, évoqué en garantie et intimé.

Bail à loyer. — Engagement du bailleur de ne pas louer pour un commerce du même genre que celui du preneur. — Violation par un tiers. Responsabilité du bailleur. Droit de recours contre le tiers fautif.

A. — Suivant bail du 11 avril 1904 et conventions des 6 juillet 1905 et 30 avril 1906, les Sociétés immobilières Lyon-la-Bougie et de la Rue de Lyon 19 ont loué au sieur Rouiller différents locaux à l'usage de café, restaurant, laiterie et épicerie; il était stipulé que les dites Sociétés s'interdisaient de louer dans leurs immeubles d'autres locaux pour pension, cave ou débit de vin.

Par contrat du 24 avril 1906 Rouiller a remis à Jules Bocquet son commerce de laiterie-épicerie. Le contrat porte que « M. Bocquet aura le droit de la part de J. Rouiller à tenir à son magasin de la bière en bouteilles, limonades et siphons ». Le même jour Bocquet a conclu avec la Société Lyon-la-Bougie un contrat de bail dans lequel il est stipulé: « les locaux sont loués pour laiterie, épicerie et légumes. »

Par contrat du 27 avril 1908 passé entre les deux sociétés immobilières d'une part et les époux Martinet et Rouiller d'autre part, il a été convenu que le bail en faveur de Rouiller était repris aux mêmes conditions par les époux Martinet auxquels il remettait son café. La convention rap-

pelle que le commerce de laiterie-épicerie exploité au début par Rouiller a été repris par Bocquet et elle ajoute: « La clause du bail interdisant l'ouverture de pension, cave, débit de vins, dans les trois immeubles est maintenue sauf pour la pension. »

B. — Par exploit du 11 août 1910, les époux Martinet ont ouvert action aux deux Sociétés immobilières en paiement de 2000 fr. — somme portée ensuite à 4100 fr. — à raison du préjudice qui leur est causé par le fait que Bocquet vend du vin au détail dans son épicerie.

Les Sociétés défenderesses ont conclu à libération et ont évoqué en garantie Bocquet en concluant à ce qu'il les relève de toutes condamnations, en capital, intérêts et frais, qui pourraient être prononcées contre elles.

Bocquet a conclu à libération.

Le Tribunal de première instance a condamné solidairement les Sociétés défenderesses à 500 fr. de dommages-intérêts en faveur des époux Martinet et les a déboutées de leur action récursoire contre Bocquet.

Les Sociétés défenderesses et les époux Martinet ont interjeté appel. Par arrêt du 5 juillet 1913 la Cour de Justice civile a mis hors de cause la Société Rue de Lyon 19, le commerce de Bocquet n'étant pas installé dans l'immeuble appartenant à cette Société. Elle a porté à 1186 fr. 20 l'indemnité allouée aux époux Martinet et a confirmé le jugement de première instance en tant qu'il a repoussé la demande récursoire contre Bocquet.

La Société Lyon-la-Bougie a formé en temps utile un recours en réforme contre cet arrêt auprès du Tribunal fédéral. Elle reprend ses conclusions libératoires contre les époux Martinet, ainsi que les conclusions de son action récursoire contre Bocquet.

Statuant sur ces faits et considérant en droit:

1. — Il est constant, d'une part, que lors du transfert du bail Rouiller aux époux Martinet, la Société défenderesse a déclaré maintenir en faveur de ceux-ci la clause du bail interdisant tout débit de vin dans l'immeuble et, d'autre part,